POR

DON FRANCISCO DE MESA, y Don Francisco de Eguiluz Herencia, Cauallero de la Orden de Santiago, marido de Doña Mariana de Mesa.

CON

Doña Maria de Sande y Mesa, hija, y heredera del Doctor Francisco de Sande, Cauallero de la Orden de Santiago, Presidente de la Real Audiencia de Santa Fè, Gouernador, y Capitan General del Nueuo Reyno de Granada, y de Doña Ana de Mesa su muger.

1 DESTE pleyto ay Memorial ajustado, en que se cōtiene la relacion puntual de todo el hecho, con los pedimientos, probanças, y diligencias que en èl se han hecho, desde la demanda que puso Doña Maria a los bienes de sus padres, hasta las sentencias de vista, y reuista que en èl se han dado.

2 Con presupuesto que ha hecho Doña Maria, de que en la sentencia de primera instancia dada por el señor D. Gregorio Lopez de Mendiçaval, del Consejo de su Magestad, siendo Alcalde desta Corte *Memor. num.* 134. y en su declaracion *Memor. numer.* 138. no se determinaron los derechos que auia deducido, sino que quedaron reseruadas sus pretensiones.

3 Dixo, que en quanto a esto la sentencia de reuista del Consejo, era de vista, è interpuso suplicacion, *Memor. numer.* 149. y en ella ha querido interpretar la sentencia de reuista en su fauor en quanto a la partida de los 8U. ducados; de que està absuelto Don Francisco de Eguiluz.

4 Y pretende, que por auer absuelto tambien *A la dicha D. Maria Sande, para que en ningun tiempo tenga obligacion à pagar princi-*

pal,

pal, ni reditos, ni el mayorazgo, ſe ha de ſuplir, y enmendar, como dize: *En quanto à condenar a D. Franciſco a que buelua, y pague, y reſtituya a mi parte los reditos que della ha cobrado*, Memor. num. 149. fol. 72.

5 El Procurador de D. Franciſco de Eguiluz dixo, que eſte pleyto eſtaua fenecido por executoria del Conſejo, y que eſte era nueuo pedimiento: y ſin embargo por autos de viſta, y reuiſta ſe le mandò que reſpondieſſe derechamente, *Memor. numer.* 150. 151.

6 En la peticion que ſe diò por ſu parte, *Memor. num.* 152. opuſo diferentes excepciones en fuerça de pereptorias, para los meritos de la cauſa, y entre ellas dixo: Que en caſo que la ſentencia ſe huuiera de entender, como pretendia Doña Maria Sande, *y ſin cauſar inſtancia, ſuplicaua della en todo lo que fueſſe perjudical, y pidiò ſer abſuelto del nueuo pedimiento*: Pero que no era aplicable eſta inteligencia, porque en la ſentencia de reuiſta que ſe diò en 16. de Febrero de 647. ſe ſuponia, *Que los 8U. ducados no eſtauan pagados, y que Doña Maria eſtaua pagando reditos*; y era al contrario, porq̃ los 8U. ducados eſtauan pagados, y Doña Maria no pagaua reditos de ellos, porque ella miſma deſde 16. de Iunio de 1639. reconociendo eſtar obligada à pagarle 10U. ducados, conforme a la eſcritura de 7. de Enero de 1629. le requiriò q̃ tomaſſe en pago diferentes juros que lo mõtaron, *Mem. num.* 340. y deſpues ſe los entregò por titulo de Mayorazgo. *Mem. num.* 309.

7 La parte de Doña Maria Sande, con ocaſion deſta reſpueſta, voluio à enmendar la ſuplicacion: y como en ella auia pedido ſolamente, que Don Franciſco de Eguiluz fueſſe condenado a voluer, y reſtituir los reditos de los 8U. ducados que le auia pagado, *Memor. num.* 149. *fol.* 72. En otra peticion que ſe diò por ſu parte, añadiò, que tambien auia de reſtituir *El principal, y bienes que para en pago de èl ſe le dieron: y aſsi lo ſuplicò*, como della coſta, *Memor. num.* 154. *buelt.*

8 Don Franciſco de Eguiluz ſe afirmò en todo lo que auia dicho, y alegado, y en particular en la excepcion de coſa juzgada de las ſentencias de viſta, y reuiſta, y en que Doña Maria nunca auia hecho pedimiento contra èl ſobre que ſe declaraſſe no eſtar obligada a pagarle los 8U. ducados, y reditos, y que por eſta cauſa mucho menos ſe podia entender, que la ſentencia de reuiſta le condenaſſe a reſtituir lo cobrado, ni que ſe admitieſſe aora controuerſia deſto en el Conſejo, donde no ay conocimiento pendien-

te

te sobre cosa que necessite de determinacion, pues todo quedó fenecido, y determinado en vista, y reuista, *Mem. n.* 157.

9 Don Francisco de Mesa por su peticion *Memor. num.* 158. alegò lo mismo, y sin perjuyzio de la excepcion de cosa juzgada, respondiò por menor a cada vna de las pretensiones que ha procurado suscitar D. Maria Sande, para que se vea que quedaron vencidas, y que no ay fundamento nueuo que obligue a determinar lo contrario.

10 En virtud del auto de prueba, referido en el *Memor. num.* 162 D. Maria Sande por testigos, y escrituras, hizo la probança que se refiere desde el *num.* 164. y D. Francisco de Eguiluz hizo tambien la suya, *Memor. mun.* 312. con que està concluso.

11 Y para que conste de la justicia de D. Francisco de Mesa, y D. Francisco de Eguiluz, se fundaràn dos articulos.

12 En el primero, que de la sentencia de reuista del Consejo no se ha podido suplicar por D. Maria Sande, y la obsta excepcion de cosa juzgada.

13 En el segundo, que la dicha sentencia de reuista en lo literal, y expresso, y en lo que virtualmente se pretende inducir della, no condena a D. Francisco de Eguiluz en los 8U. ducados, ni en los reditos que ha cobrado por titulo de dote, y que assi se ha de declarar, absoluiendole de todo lo que en contrario se pretende.

Articulo Primero.

A Doña Maria Sande obsta excepcion de cosa juzgada de la sentencia de reuista del Consejo.

14 LA demanda que diò principio a este pleyto se puso por D. Maria Sande, y en ella dixo, que el Doctor Sande, y Doña Ana de Mesa, sus padres, con facultad Real auiā fundado Mayorazgo de sus bienes en Don Francisco de Mesa su hermano, como se contenia en las escrituras, y que todas las fundaciones auiā faltado: porque la del Doctor Sande tuuo llamamientos limitados, y cessò por auer muerto sin hijos D. Francisco: Y tambien la de D. Ana de Mesa, por no se auer aceptado en vida por el dicho su hermano: Y porque ella no solo no la auia consentido, sino que la auia contradicho, y reclamado: Y sin embargo los deudos trāsuersales se jactauan, que los bienes eran de Mayorazgo, y les tocaua la sucession.

15 Concluyò pidiendo, *Se mandasse, que las partes que tienen la* di-

dicha pretension, dentro de vn breue termino deduxessen su accion ante el Alcalde, poniendo edictos para los inciertos interessados, y se declarasse que los dichos bienes no son sugetos a restitucion, vinculo, y Mayorazgo; y que la dicha Doña Maria podia disponer de ellos en vida, ò en muerte, condenandoles, y a los que en su derecho sucediessen, a que no la inquietassen en el vso libre dellos, Memor. num. 60.

16 Don Francisco de Eguiluz, y consortes respondieron, pidiendo, que todos los bienes se declarassen por de Mayorazgo perpetuo, è irreuocable, y que sin embargo de que no huuo aceptacion del primer llamado (porque no fue menester) se auia de cōtinuar la sucesion en D. Maria, y en los demàs deudos de la familia de los fundadores, *Mem. num,* 63. A que respondiò D. Maria Sande, *Mem. num.* 64.

17 Con esto cessò el juyzio de jactancia, cuyo conocimiento solo miraua, a que estando verificada, se condenasse a las partes a que pusiessen la demanda, ò se les impusiesse perpetuo silencio, *vt in l. diffamari, C. de ingen. & manum.*

18 Y quedò este pleyto reducido al pedimiento que D. Maria desseò se le pusiesse por D. Francisco, y consortes, sobre que se declarassen todos los bienes por de Mayorazgo perpetuo, è irreuocable, la qual se contestò luego por la susodicha, *Memor. num.* 64. *d. y* 66. sobre que cayò la prueua, *Mem. n.* 67.

19 La sentencia de primera instancia, dada por el señor D. Gregorio de Mendiçaual, del Consejo de su Magestad, siendo Alcal de desta Corte en 15. de Iunio de 1641. dispuso: *Que declaraua, y declarò por aora, y hasta q̃ cōste de otra disposiciō del dicho Doct. D. Frācisco de Sande, todos sus bienes, de que dispuso en las escrituras presentadas en este pleyto por de vinculo, y Mayorazgo perpetuo, è irreuocable, &c.* Y todos los bienes que pertenecieren, y tocaren a la dicha D. Ana de Mesa, en qualquier manera, *por libres, y no sugetos a restitucion de vinculo, y de Mayorazgo; y que como tales puede disponer dellos en vida, y en muerte la dicha Doña Maria Sande y Mesa, como su hija vnica, y heredera vniuersal:* Y mandò guardar por aora *la particion que el Doctor Sande, y D. Ana de Messa su muger hizieron*, hasta que D. Maria Sande, vsando de su derecho, la haga con quien fuere parte.

20 Y en vltimo lugar, *absoluiò a Doña Maria de todo lo pedido por D. Francisco de Mesa, y consortes, y a ellos de todo lo pedido por D. Maria, Mem. n.* 134.

21 La sentencia de reuista del Consejo confirmò la del señor D. Gre-

Gregorio Lopez de Mendiçaval, en quanto declarò por de Mayorazgo los bienes del Doctor D. Francisco de Sande, y la reuocò en quanto por ella se dixo: *Por aora, y hasta que conste de otra disposicion del dicho Doctor Sande*: y tambien la reuocò, y diò por ninguna, *en quanto declarò por libres, y no sugetos a restitucion de vinculo todos los bienes que pertenecieron, y tocaron a la dicha D. Ana de Mesa, y que como de tales pudiesse disponer la dicha D. Maria Sande*: y haziendo justicia (dize la sentencia) *Declararon, que todos los dichos bienes q̃ assi tocaren, y pertenecieren a la dicha D. Ana de Mesa por de vinculo, y Mayorazgo perpetuo, en la misma forma, y calidad que lo son los del dicho Doct. D. Francisco de Sande.*

22 Y llegando à tratar de las pretensiones deducidas de vna parte contra la otra, y de la otra contra la otra, de que les absoluiò la sentencia de vista; dize la de reuista: *Y en quanto a las demas pretensiones, deducidas por las partes, confirmaron la dicha sentencia, en q̃ les absuelue dellas, y dieron por libre al dicho Mayorazgo, y al dicho D. Francisco de Eguiluz, y sus consortes, de todas las pretensiones deducidas por la dicha D. Maria Sande.* Y añade: *Excepto, en quanto a los 8U. ducados de que paga reditos por la obligacion, y fiança que hizo la dicha D. Ana de Mesa su madre, de quien fue heredera, porque de la dicha cantidad absoluieron a la dicha D. Maria, para que en ningun tiempo tenga obligacion a pagar principal, ni reditos, ni el dicho Mayorazgo.*

23 Luego condena al Mayorazgo, y a la persona que en èl sucediere, a que pague a D. Maria 150U. *marauedis de renta, por razon de su legitima.* Y en vltimo lugar dize: *Y reuocaron la sentencia del dicho señor D. Gregorio, en quanto es, ò puede ser contraria, ò no conforme à esta*: assi lo proueyeron, y mandaron, *memor. n.* 1.

24 Dos cosas determinaron estas sentencias, de que resulta la excepcion de cosa juzgada.

25 La primera, que assi los bienes del Doctor Francisco de Sande, como los de Doña Ana de Mesa su muger, son de vinculo, y Mayorazgo perpetuo, como los pidieron D. Francisco de Eguiluz, y consortes, que como transuersales, pretendian tener derecho de suceder despues de los dias de Doña Maria, y contra el intento que manifestò, de que auia de disponer dellos como libres, sobre que fue la principal controuersia deste pleyto: con que ya no hazia resistencia, ni pudiera, sin contrauenir a lo determinado por el Consejo, cuya sentencia haze reuista, *l.* 2. *tit.* 4. *lib.* 2. *Recop.* y oponerse manifiestamente a la autoridad que resulta de la cosa juzgada, que pone fin a los pleytos, *l.* 2. *l. Iulianus, l. singulis, l. cum*

quæ-

quæritur,cum seqq.ff.de except.rei iud.l. 19.*tit.*22.*part.*3.Bald. *in c. nihil,n.*5.*de elect.*cum his quæ de authorit.rei iudicatæ, latius cumulant, D.Valenç.*conf.*68.*àn.*10.Giurb.*dist.*20.*àn.* 10. *vbi plures allegant,& dist.*66.*per totam.*

26 La segunda, fue determinar todas las pretensiones, que demàs de la principal,auia introducido D.Maria Sande, despues de estar contestado este pleyto, y recibido a prueba, *Memor. num.* 67. que son las del pedimiento que refiere el *Mem.num.*88. donde insistiò *en la separacion* que auia pedido, y de nueuo pidio se hiziesse de los bienes de su padre, y los de su madre, *para que se declarasse deuersele adjudicar de ellos las partidas siguientes* (Son las que contiene el *Memor.*en los *numer.*89. 110. 116. contra los bienes del Doct. Francisco Sande su padre, y contra los de D. Ana de Mesa su madre, en los *num.* 118. 121. 124. 127. 130.) Y la recõuencion que D.Francisco de Eguiluz, y consortes intentaron, pretendiendo, *que D.Maria auia de ser condenada a que diesse cuenta de los bienes que quedaron del Doctor Sande: y tambien de los empleos que D.Ana de Mesa su madre, y de lo procedido del vsufructo, tuuo obligacion de hazer en su vida en beneficio del Mayorazgo:* Y juntamente *de los que quedaron por muerte de la dicha D. Ana de Mesa su madre, de quien fue heredera, y que para este efecto exhibiesse los inuentarios*; como se refiere *Mem.num.* 132. sobre que respondiò, y contestò la susodicha, *Memor.num.* 133.

27 Y de todas estas, la sentencia del señor D.Gregorio absoluiò a las partes respectiuamente, como està dicho: Y la del Consejo la confirmò a la letra, y para mayor claridad quiso expressar, que el Mayorazgo, y D.Francisco de Eguiluz, y sus consortes auian de quedar, y quedaron absueltos de todas las pretensiones deducidas por la dicha D.Maria de Sande, *vt supr.n.*22. Y assi en todas ellas la obsta la misma excepcion de cosa juzgada, que se le ha opuesto por D.Francisco de Eguiluz, y consortes.

28 Tanto porque estàn absueltos, *quia exceptio rei iudicatæ etiam ex absolutoria competit, l.* 1 .*ff.de except.rei iudicat.*

29 Como porque aora quiere deducir las mismas pretensiones, siendo assi, que auiendo pedido que se sacassen de los Mayorazgos las mismas cantidades, en ambas instancias fue absuelto por las sentencias, *l.Iulianus* 3. ibi: *Respondit exceptionem rei iudicatæ obstare, quoties eadem quæstio inter easdem personas reuocatur, ff.de exception.rei iudicat.* Y esto no por otra causa que por auer pretendido doña Maria condenar al Mayorazgo, y auerse obtenido absolucion

cion en ambas instãcias por sentencias de vista, y reuista, *l. eadem res. 5. l. si mater 11. §. eandem*, ibi: *Origo petitionis, l. cum de hoc 27. ff. eodem tit. cap. quoad consultationem, de re iudicata*, & sententia absolutoria opperatur, idem quod declaratoria iuris non competentis actori, vel inutiliter intentati, Alciat. *cons. 492. n. 34.* D. Molin. *de primogen. lib. 4. cap. 8. n. 3.* & proinde trahit secum executionem sine nouo iudicis facto, & ipso iure, tollit ciuilem obligationem, *l. si plures in principio*, vbi Bart. *ff. de fideiussor. gloss. in l. Iulian. ff. de condit. indeb.* D. Valenç. *d. cons. 68. n. 13. & 14.*

30 Bien reconocio doña Maria Sande la dificultad que tuuo el voluer a introducir pleyto sobre las mismas pretensiones que estauan determinadas por executoria, quando en la suplicacion q̃ interpuso de la de reuista, se valiò de dos medios, totalmẽte agenos del verdadero hecho.

31 El primero, fue suponer que en la sentencia de primera instancia que diò el señor don Gregrorio Lopez de Mendiçaval reseruò su derecho a doña Maria, para que pudiesse deducir sus pretensiones, como consta de la suplica, *Mem. num. 149.* donde dize: *Lo otro, en quanto a las pretensiones de mi parte que quedaron reseruadas por la sentencia de primera instancia, y su declaracion, hecha, y dada por el Lic. D. Gregorio Lopez de Mendiçaval del V. Consejo, siendo Alcalde desta Corte, &c.*

32 Y este se conuence con el tenor de la sentencia, *Mem. nu. 134.* dõde despues de auer declarado ser de Mayorazgo los bienes del Doctor Sande, y ser libres los de doña Ana de Messa, *absuelue à D. Francisco, y consortes de todas las pretensiones deducidas por D. Maria Sande, y a ella de todas las que auia intentado D. Francisco.* Con que por ella misma se conoce, que no solo no ay palabra de reserua, sino antes expressa determinacion de todo lo que se auia deducido en el juyzio, que es cosa totalmente contraria a lo que pudiera contener la reserua, si la huuiera, vt eleganter docet Bald. *in l. idem Labeo, n. ff. familiæ herciscũd.* dicens: *Quòd reseruatũ & dispositum inter se pugnant, nam quod reseruatur non disponitur, nec quod disponitur includitur sub reseruatione, cuius propria natura est, versari circa ommissa, & effugere disposita*, idem docet Fulgosius, *ibi, n. 2.* Frãciscus Beccius *cons. 94. n. 14.* Surd. *cons. 152. n. 30. lib. 2.* & reseruatio habet se cum disposito tamquam exceptio, cum regula, Decian. *cons. 32. n. 128. lib. 2.* Flamin. Cart. *decis. 57. n. 32. & 34.* & semper intelligitur facta de iuribus aliunde competentibus, non verò de iam cognitis, & iudicio terminatis, sed vt actor alio

mo-

modo, quam ex deductis agat Iacob. de Velvis. *in l. si pacto quo pœnam, C. de pact.* Bart. *in d. l. idem Labeo, num.* Amat. *res. 6. n. 25.*

33 Ni obsta dezir, que la sentencia de primera instancia diò por de Mayorazgo los bienes del Doct. don Fracisco de Sande, con la calidad, *por aora, y hasta tanto que conste de otra disposicion.*

34 Y que en quanto a los de doña Ana de Mesa, que declarò ser libres, tambiẽ mandò, *que por aora,* se guardasse *la particion, y diuisiõ que de conformidad hizieron los dichos Doct. Sande, y su muger, en la escritura que otorgaron en la Ciudad de Seuilla en 6. del mes de Febrero de 1564.*

35 Lo primero, que la substancia de la sentencia consiste, en lo q̃ determina cõforme al pedimiento, *l. vt fundus, ff. comm. diuid. C. licet illi, de simonia.* Y desto se forma la excepcion de cosa juzgada, Calderin. *cons. 198. aliàs 2. de re iudicat.* Pero en todo lo demàs q̃ en ella se dize, sino corresponde a lo deducido en el juyzio, se tiene por cosa accidental, y añadida por el Iuez, y de su arbitrio: *Et quasi per modum causæ, aut ratione melioris expeditionis.* Y esto no produce cosa juzgada, *ex doctrin.* Ioann. Andr. *in c. cum Eccesia Sutrina, de causa possess. & propriet.* & Ancharr. *cons. 417. incipit de iur. prædictæ sententiæ.*

36 Lo que deduxo doña Maria Sande en el pedimiento de la jactãcia, fue que los bienes de sus padres eran libres. Lo que dixeron don Francisco de Eguiluz, y consortes, fue que se auian de declarar por de Mayorazgo. La sentencia de vista determinò en ambos patrimonios con diferencia. La de reuista los declarò todos por de Mayorazgo: y en lo contrario reuocò la de vista: luego no se puede dudar que en esto ay carta executoria.

37 Lo segundo, que el dezir la sentencia, que los bienes del Doctor Sande se auian de tener por de Mayorazgo, *por aora,* y hasta que constasse de otra disposicion, fue accidental, y añadido, pro arbitrio: pues en todo el pleyto no se auia dicho, ni imaginado, q̃ el Doct. Sande huuiesse hecho otra disposicion, mas de las presentadas en el processo: Y assi determinò sobre lo q̃ no estaua pedido, contra la regla de la *l. fin. C. de liber. caus.* y lo que dixo Bald. *in l. fin. C. de fideicom. libert.* y en lo q̃ no era necessario expressar, pues qualquiera disposicion se entiẽde, rebus sic stantibus, *l. quod Seruius 8. ff. de condit. caus. dat.* Barb. *claus. 74.* y en cosa de futuro, cuya disposicion no toca al Iuez, *l. nom. quemadmodũ, ff. de indicijs:* pues con esto se daua ocasion para que se aparecisse, ò fabricasse otra escritura: por cuyas causas el Consejo justamente reuo-

cò

cō la calidad de *por aora*: y a esto no se aplica la nueua suplicacion que ha interpuesto doña Maria Sāde, ni pretende acreditar otra escritura, fuera de las que se presentaron en la primiera instancia.

37 Lo tercero, que la palabra *por aora*, segunda vez repetida en la sentencia del señor don Gregorio, se puso para que por aora se guardasse la particion que dexaron hecha los fundadores, hasta q̄ con el sucessor que fuesse de los bienes del dicho Doctor Sande, se hiziesse particion, y diuision en forma, como en ella se dize expressamente. Lo qual tambien fue cosa accidental, y dependiente de la determinacion principal, en que se declara, que los bienes de doña Ana de Mesa eran libres, y los del Doctor Sande vinculados, pues era necessario hazer esta particion, para que los del Mayorazgo quedassen conocidos, y separados de los libres, de q̄ doña Maria auia de poder disponer, *Memor. num.* 134.

38 Pero en estado q̄ la sentencia del Consejo reuocò la de primera instancia, y declarò, que todos los bienes de ambos fundadores eran de vinculo, y Mayorazgo: y en esto ay cosa juzgada, y carta executoria, en que no se puede dudar.

39 Siguese, que tambien cessò el efecto de la palabra *por aora*, cō auerse denegado la separacion de bienes que la sentencia primera dixose podia hazer con el que fuesse sucessor de èl: pues auiēdose juntado ambos patrimonios de padre, y madre en D. Maria Sande por vn mismo titulo de Mayorazgo, cessa la separacion, *l.* 1. §. *præterea*, in illis verbis: *Confusis enim bonis, & mixtis separatio impetrari non poterit, ff. de separat.* maximè, quando confusio non tā tum fit iuris potestate per additionem, sed verè, & realiter, per mixtionem corporum, hæreditatis cum corporibus bonorū hæredis, Anton. Faber *de errorib. pragm. decad.* 2. *error.* 2. Donell. *lib.* 22. *Comment. cap.* 16. vbi Osuald. *litt. E.*

40 El segundo medio fue, suponer, que la sentencia de reuista del Consejo tuuo nueuos aditamentos, como parece de la misma suplica *Mem. n.* 149. en el principio, q̄ dize assi: *Digo, q̄ en quāto a los nueuos adimentos que la dicha sentencia contiene, y es, ò puede ser perjudicial a mi parte, y suplicable, suplico de ella.* Y mas adelante: *Y los demàs aditamentos que la sentencia del Consejo contiene, no decididos en la dicha sentencia de primera instancia, viene a ser, y es suplicable, pues no ay sobre ello sino vna sentencia sola.*

41 Pero quales sean estos nueuos aditamentos, ni se perciben de la sentencia del Consejo, *Memor. num.* 1. ni D. Maria Sande los declara en la suplica, sino que derechamente buelue a proponer

 la

la pretension de los 24ꝗ.pesos de oro, y sus aumentos, procedidos de la donacion que el Doct. Sande hizo, despues de auer fundado el Mayorazgo, y las demàs que quedan referidas en este papel, *num.* 26. con remission al Memorial: y solo parece que es nueuo aditamento *el aplicar a D. Maria los* 150ꝗ. *marauedis de renta, de juro de à* 20ꝗ. *marauedis el millar, por razon de su legitima*, que no se le auian aplicado en la sentencia del señor D. Gregorio, *Mem. n.* 1. Y de este, que es en su fauor, no suplica, antes dize le son deuidos justamente, por auersele mandado, y dexado en la escritura de fundacion de los dichos Mayorazgos, y assi dize: *Se ha de confirmar, en quanto a ellos, la dicha sentencia, Memor. numer.* 149. *fol.* 72.

42 Pero en todo lo demàs por ambas sentencias quedò determinado, y vencido quanto D. Maria propuso, y pidiò en la primera instancia, con que la de reuista no tiene nueuo aditamento, ni materia sobre que se pueda suplicar, conforme a la doctrina de Angelo *in l. vnica, C. ne liceat tertio prouocare*, Couarr. *pract. c.* 25. *n.* 6. Y lo que notan los Interpretes, para conocer quando las sentencias son conformes, vt per Bart. *cons.* 10. *n.* 2. Decian. *in l. lecta, ff. si cert. petat.* Thesaur. *decis.* 122. & 128. Menoch. *cons.* 1148. Carp. *ad stat. Mediol.* 1167. *numer.* 131. Surd. *cons.* 102. Afflict. *decis.* 362. Gratian. *discept.* 42. *n.* 9. Peregr. *decis.* 60. Giurb. *decis.* 66. *cum alijs congestis* ab Anton. Amat. 1. *tom. resol.* 6. *num.* 11. Con que su pretension en esta parte carece de fundamento.

43 El tercero medio fue, querer persuadir que los autos de vista, y reuista (en que se determinò ser de Mayorazgo los bienes del Doctor Sande, y D. Ana de Mesa) se auian de entender, y executar en los señalados en las escrituras de su fundacion, y no en los demas que quedaron al tiempo de la muerte de cada vno, para dar a entender que las pretensiones de D. Maria Sande se podrã mandar pagar de los demàs bienes que dexaron, sin prejudicar a lo determinado, ni al Mayorazgo; consta de la suplica, donde despues de auer dicho que en perjuyzio de estos derechos (que buelue a proponer) *no pudo obrar cosa alguna la fundacion de los dichos Mayorazgos.* En que con desembaraço se opone, y alega contra lo executoriado, y cierra el discurso de ella, diziendo: *Lo otro, porque demàs de los bienes especificados en la escritura de fundaciõ, ay otros muchos aumentos que estàn en litigio, de que aun tambien se deuiera, y deue hazer pago a mi parte de lo que importan las partidas de las dichas pretensiones*, Mem. n. 149. al fin: y lo repite en la alegacion de biẽ probado, *Mem. num.* 341.

Y este

44 Y este tãbien es incierto, y tan sin fundamento, como los dos anteriores.

45 Pues aunque consta que en la fundacion de Mayorazgo el Doctor Sande, y D. Ana de Mesa le hizieron de algunos bienes señalados, *Mem. num.* 11. despues en la segunda escritura que otorgaron en 5. de Nouiembre de 1596. (demàs de los expressados en la primera) le añadieron, y fundaron (como en ella se dize) *de todos, y qualesquier bienes muebles, y raizes, y salarios, rentas, y frutos, derechos, y acciones, auidos, y por auer, y de qualesquier mercedes que su Magestad fuere seruido de les hazer, è hiziere en qualquier manera, y en qualquier tiempo que sean.* Los quales mandan los fundadores se beneficien, recojan, y entreguen a los testamentarios, para que los empleen, y compren juros, ò otra renta en los Reynos de Castilla, y dizen: *Los quales bienes que assi compraren, sean todos como dicho es, vinculo, y Mayorazgo, con los demàs, y sucedan en ellos los llamados debajo de las condiciones de èl, y que aqui se declarã*, Mem. num. 32. Cõ que todos son de Mayorazgo.

46 Pues aunque la regla es, que quando el fundador dize, que haze el Mayorazgo *de todos sus bienes*, esta disposicion se restringe a los que tenia al tiempo del otorgamiento, y no se comprehendẽ en èl los que despues adquiriò, *ex l. si ita* 8. *l. fin. ff. de aur. & argent. legato*, & Bald. *in* §. *similiter, de controversia investituræ, d. l. si ita*, ibi: *Si aliud comprehensum nõ sit*, & procedit etiam si dispositio fiat in fauorem coniunctæ personę, Hondedeus *cons.* 63. *à n.* 68. Castillo *de vsufruct. cap.* 44. *num.* 11.

47 Esto se limita, y entiende, sino es que dixessen, que le haziã de todos sus bienes, *assi los que tenian entonces, como los que despues tuuiessen, y adquiriessen en qualquier manera* (como sucediò en este caso) porque entonces todos los bienes presentes, y futuros quedã vinculados, y son de Mayorazgo, *argum. text. in l. & quæ nondum, ff. de pignorib. l.* 5. *tit.* 13. *part.* 5. vbi Gregor. verb. *Las que entiende*, y con las mismas condiciones, y calidades, Mieres *de Maioratib.* 1. *part. quæst.* 11. *à n.* 31. *cum seqq. & n.* 127. sin exceptuar bienes algunos mas que los 150U. marauedis de renta, que los fundadores reseruaron a D. Maria Sande para sus alimentos, y para cũplir con el tenor de la facultad, Molin. *de primogen. lib.* 2. *cap.* 1. *n.* 25. que son los mismos que se le aplicaron por la sentencia de reuista, *Mem. n.* 1. *fol.* 29. Y assi todos los demas quedaron calificados con executoria por de vinculo, y Mayorazgo para D. Maria Sande, y los demàs parientes que despues de ella huuierẽ de suceder,

der, sin necesidad de verificar mas de que quedaron por muerte de qualquiera de los fundadores, Bald. *cons.* 84. *&* 89. *n.* 3. *& cons.* 352. *ad finẽ, lib.* 1. Mascard. *de probat. concl.* 777. *&* 778. Menoch. *cons.* 207. *dubio* 1. *lib.* 3. *& cons.* 1111. *n.* 16. *lib.* 12. Peregr. *cons.* 48. *lib.* 1. *& de fideicomm. articul.* 44. Vicent. Fusar. *de substitut. q.* 616. *&* 618. vbi plene, & Ramon *cons.* 46. *à n.* 26.

48 Esto mismo determinò la sentencia de primera instancia, donde se dize: *En los bienes que hasta aquel dia tenian, y en los que despues adquirieron*, Mem. n. 134. y tanbien la del Consejo, pues la reuocò en quãto declarò ser libres los bienes de D. Ana de Mesa: *y los diò por de vinculo, y Mayorazgo perpetuo, en la misma forma, y calidad que lo son los del dicho Doctor Francisco de Sande*, y la forma señalada en los del Doct. Sande, fue como dize la misma sentencia, *en la misma con que dispuso en las escrituras presentadas en este pleyto*, y vna dellas fue la de 5. de Nouiembre de 1596. en que marido, y muger añadieron al Mayorazgo *todos los bienes presentes, y futuros, derechos, y acciones que tenian, y esperauan tener en qualquier manera, y en qualquier tiempo*, Mem. n. 32. Con que no es dubitable, que por executoria son todos de Mayorazgo, menos los 150U. marauedis de renta que reseruaron a D. Maria por su legitima.

49 De esta similitud de disposiciones se sigue, que todos los bienes que tenian, y los que dexaron el Doct. Sande, y D. Ana de Mesa su muger al tiempo de su muerte, quedaron calificados por de Mayorazgo, conforme a la sentencia de reuista, de que ay executoria, en que no se puede dudar.

50 Y como esta determinacion cayò sobre las pretensiones deducidas, assi por D. Maria Sande, en razon de las partidas que pretende se le hagan buenas, sacandolas del Mayorazgo, como sobre lo que pidieron D. Francisco de Eguiluz, y consortes en razon de que doña Ana de Mesa su madre como curadora, ò como vsufructuaria, no hizo inuentario de los bienes del Doct. Sande su marido, ni ella tampoco le hizo de los que quedarõ por muerte de su madre, de quien fue heredera.

50 Siguese que fue visto que en la sentencia las desestimaron todas, y con raçon.

51 Tanto, porque D. Ana de Mesa, como primera posseedora del Mayorazgo, y como vsufructuaria, y fideicõmissaria vniuersal de todos los bienes que quedaron del Doctor Francisco Sande su marido, tuuo vezes de heredera para la obligacion de hazer inuẽtario, *l. fin. C. de iur. deliber.* D. Molin. *de primog. lib.* 1. *cap.* 28. *num.* 5. *vers.*

5.verſ.in prima,para que de eſta manera ſe formaſſe el principio, y cabeça de la quēta para en qualquier tiempo que ſe le pidieſſe, *l.cum tale,l.cum ſervus,ff.de condit.& demonſtrat.* Greg. Lop.*in l.5. tit.6.part.6.gloſſ.*verb.*Las deudas*,Baeça, Ayora, Eſcobar, Mier. referidos por Carp.*de executor.& Comiſſarijs, lib.3.cap.10.num.5.*

52 Como porque la miſma D.Maria Sande,que litiga tambien, ſe entrò en todos los bienes que quedaron por muerte de Doña Ana de Meſa ſu madre,ſin preuenirſe con inuentario,para gozar del beneficio de la ſeparacion de los bienes,y patrimonios de ſus padres,que eran los que auian de quedar para el Mayorazgo que fundaron de conformidad,y de los ſuyos propios, pues con eſto ſin duda alguna huuiera conſeruado los creditos, y pretenſiones que podia tener, pues conſtara que con los bienes de ſus propias legitimas,ò con otro caudal, adquirido por diferentes derechos, auia pagado las deudas que fueron propias de los fundadores,*d.l. fin.C.de iure deliebr.*vbi DD.

53 Pero auiēdolo hecho de otra forma,y mezcladoſe en los bienes que dexaron los fundadores ſin quenta, ni razon alguna, pudo ſer que pagaſſe todas las partidas que dize, de los miſmo que auia de ſer capital para los Mayorazgos: y es infalible auerlo pagado con ellos,pues no conſta que tuuieſſe otros bienes mas q̄ los 150U.marauedis de renta que ſe le reſeruaron para ſus alimē tos:y como oy los tiene en ſer,no es poſsible verificar que las pagaſſe de los ſuyos propios:y aſsi le falta el principal fundamento de ſu intencion,con que no puede obtener, *l.ei qui, ff. de probat.l. Actor quod aſſeuerat,C.eodem tit.*Pues a D.Franciſco de Eguiluz,y conſortes baſtales auer negado que las pagaſſe D.Maria de ſu dinero,para no tener obligacion de probar otra coſa,*d.l.Actor*, vbi dicitur:*Quod factum negantis,probatio nulla eſt*,Bart.*in l. in illa ſtipulatione ſi Kalendis,ff.de verb.obligat.* Anton. Gabr. *in Syntagm.com. opin.1.tom.lib.4.tot.9.n.20.*

54 Vnde fit, que auiendo pagado eſtas deudas de los bienes que quedaron por muerte de ſus padres, q̄ dexò de inuētariar,hizo lo que tuuo obligacion,pueſto q̄ no ſe podia eſcuſar de pagarlas; pe en toda la demas hazienda que ha quedado, deſpues de ſatisfechas las deudas,conſiſte,y ha de permanecer el caudal del Mayorazgo,*l.ſubſignatum,§.bona,ff.de verb.ſignif.* de tal manera, que ya no ſe puede defalcar, ni minorar en coſa alguna, pues ſeria quitarle al Mayorazgo otros tantos bienes, en perjuyzio de todos los ſuceſſores, y quedarſe doña Maria por eſte camino con

otra tanta hazienda, para disponer de ella, no pudiẽdo tener mas que los 150U. marauedis de renta que sus padres la reseruarõ para alimentos, conforme a la facultad.

55 Y finalmente, ò D. Maria Sande pagò estas deudas *de su haziẽda en vida de ambos sus padres*, de que aora no consta: y esta accion negotiorum gestorum, que por si misma puediera tener, ò las q̃ la cedieron los Acreedores, a quien pagò, quedarõ confundidas per additionem hæreditatis, *l. stychum, §. additio, ff. de solut.*

56 O las pagò *despues de auerse entrado en los bienes sin inuentario*, y entonces satisfiço la obligacion propia en que la puso la *l. fin. C. de iur. deliberand.* que es de pagar a los Acreedores: Y aora falta padecer otra pena que añadiò nueuamente Iustinian. *in Authent. de hæredib. & falcidia, §. his igitur, coll. 1.* que es satisfacer a los legatarios, y fideicõmissarios, dexando enteros los bienes deste Mayorazgo, para los que despues de la susodicha huuieren de suceder, ne alioqui dolus hæredis, illi commodum afferat in fraudem Comissariorum, & eorum omnium, qui à iusta testatorum dispositione lucrum sperant, *d. l. fin. §. in computation. C. de iur. deliberand.* Ant. Fab. *in Papinian. tit. 6. princ. 5. illat. 3. & de errorib. pracm. decad. 2. error. 2.* Donell. *lib. 22. Cõm. c. 6.* Surd. *decis. 92. 311. & 318*

57 Esta, sin duda alguna, fue la razon porque las sentencias de vista, y reuista, por vna parte absoluieron a D. Maria Sande de la pretension que D. Francisco de Mesa, y consortes, como llamados al Mayorazgo, intentaron por via de reconuencion, sobre q̃ exhibiesse los inuentarios, y diesse quenta de todos los bienes q̃ quedaron de sus padres, y de los que tuuo obligacion de auerle hecho, *Mem. num. 132.*

58 Y por otra, absoluieron tambien a ellos de las pretensiones q̃ D. Maria tenia contra el Mayorazgo, por dezir que auia pagado diferentes cantidades que deuian los fundadores: Pues no fuera justo por vna parte dexar a D. Maria libre de la obligacion de dar quenta de todos los bienes que los fundadores dexaron para el Mayorazgo, y por otra quitar a los sucessores lo que se pagò de los bienes de sus padres, no siendo posible que los pagasse de los 150U. marauedis de sus legitimas, que oy estàn en ser: y asi fue justo que todas las pretensiones que se deduxeron de parte a parte quedassen extintas, y vencidas en reuista con carta executoria, para que ninguna de las partes pudiesse boluer a tratar dellas.

59 Solamente quedò exceptuada por la sentencia de reuista la partida de los 8U. ducados de la obligacion, y fiança que hizo D.

Ana

Ana de Mesa, de que pagaua reditos D. Maria Sande como su heredera, de la qual fue absuelta la misma D. Maria, y tambien el Mayorazgo, en cuyo fauor, para efecto de que no se pidan a D. Maria, ni al Mayorazgo, ay la misma carta executoria.

60 Pero no dize, ni determina, que los buelua, y restituya D. Frãcisco de Eguiluz, como se fundarà en Articulo que se sigue:

Articulo Segundo.

La sentencia de reuista del Consejo no condena a D. Francisco de Eguiluz, en los 8U. ducados, y sus reditos, que cobrò por titulo de dote.

61 LA sentencia del Consejo, auiendo declarado por de vinculo, y Mayorazgo todos los bienes del Doctor Francisco Sande, y D. Ana de Mesa, confirma la de primera instãcia en quãto absoluiò a las partes de todas las pretensiones que auian deducido las vnas contra las otras, y luego dize: *Y dieron por libre al dicho Mayorazgo, y al dicho D. Francisco de Eguiluz, y sus consortes, de todas las pretensiones deducidas por la dicha D. Maria Sande.* Y prosigue diziendo: *Excepto en quanto a los ocho mil ducados de que paga reditos por la obligacion, y fiança que hizo la dicha D. Ana de Mesa su madre de quien fue heredera: porque de la dicha cantidad absoluieron a la dicha D. Maria, para que en ningun tiempo tenga obligaciõ a pagar principal, ni reditos, ni el dicho Mayorazgo.*

62 De esta sentencia, en quãto declarò ser todos los bienes de los fundadores de Mayorazgo, y extinguiò todas las pretensiones, como hizo la de vista, suplicò D. Maria Sande, sin poderlo hazer, y la obsta la excepcion de cosa juzgada, de que se ha tratado en el primer Articulo.

63 Y en quanto al capitulo de los 8U. ducados, pide D. Maria se confirme, *Memor. num.* 149. Y añade, que se ha de suplir, y enmẽdar *en quanto a condenar al dicho D. Francisco a que buelua, y pague, y restituya los reditos que de ella ha cobrado.*

64 Don Francisco dixo: Que la sentencia no le condenaua en cosa alguna, y menos a boluer reditos, como pretende aora D. Maria: y que en quanto a esto era nueuo pedimiento. Y en caso que la sentencia le fuesse de algun perjuyzio, suplicaua de ella, *Mem. num.* 153.

65 Doña Maria respondiò: Que virtualmente lo tenia pedido, y que

y que la ſentencia de reuiſta virtualmente le auia condenado a boluer los reditos.

66 Y aqui hizo otro nueuo pedimento, diziendo: *Que tãbien auia de ſer condenado a boluer el principal, y bienes que para en pago dèl ſe le dieron; y aſsi lo ſuplicò*, Mem. n. 154.

67 Don Franciſco boluiò a dezir, que èl no eſtaua condenado a boluer coſa alguna, ni era poſsible, porque no huuo pedimiento contra èl, y quando ſe huuiera pedido, no auia fundamento para condenarle a que reſtituyeſſe lo que ſe le prometiò, y cobrò por titulo de dote: y que el intento, y lo determinado por la ſentencia, es coſa muy diferente, y que para quando ſe le pida, tiene excepciones muy releuantes para ſer abſuelto, como ſe dirà cõ mas extenſion, y claridad en cada vno de los fundamentos que ſe ſiguen:

§. I.

Don Franciſco de Eguiluz no eſtà condenado.

68 LAS ſentencias de primera, y ſegunda inſtancia abſoluieron a todas las partes de lo deducido por las vnas contra las otras, como eſtà dicho.

69 Y la de reuiſta con mas eſpecialidad añadiò eſtas palabras: *Y dieron por libre al dicho Mayorazgo, y al dicho D. Franciſco de Eguiluz, y conſortes de todas las pretenſiones deducidas por D. Maria Sande.*

70 Y quando puſo la excepcion de eſta regla con la palabra *excepto en quanto a los 8U. ducados*, que podia mirar a reſtringir la abſolucion, y condenarle en eſta cantidad, porque la excepciõ ſiempre limita, y reſtringe la regla, *l. nam quod liquide, ff. de pen. legat.*

71 Vemos que la ſentencia miſma ſe declara, y ſale abſoluiendo tambien a D. Maria, y al miſmo Mayorazgo, ibi: *Porque de la dicha cantidad abſoluieron a la dicha D. Maria Sande, para que en ningun tiempo tenga obligacion de pagar principal, ni reditos, ni el dicho Mayorazgo.* Con que ſe reconoce, que la palabra *excepto*, no ſe puſo *limitatiuè*, aut *reſtrictiuè*, para condenar en eſtos 8U. ducados a Don Franciſco de Eguiluz, y conſortes, ni al Mayorazgo, ni à otra perſona alguna, ſino *interpretatiuè*, & *extenſiuè*, para determinar, que no ſolo D. Franciſco, y conſortes, y el Mayorazgo auian de quedar libres de la paga del principal, y reditos de eſta cantidad, ſino tambien *D. Maria Sande*, como poſſeedora que entonces era del Mayorazgo, *y el miſmo Mayorazgo para ſiempre jamas.*

72 A quien dixere que en eſta ſentencia puede eſtar condenado

Don

Don Francisco de Eguiluz, serà forçoso que le pregũtemos: por que razon ha de estar mas condenado D. Francisco, que los otros consortes, y el Mayorazgo, pues todos fueron comprehendidos en la regla, y absolucion general, y en lo exceptuado fue tambiẽ absuelta D. Maria, y el mismo Mayorazgo, para que de sus bienes de ella, ni de los del Mayorazgo, no se pagasse el dicho principal, ni los reditos? Y no serà facil hallar la razon de diferencia.

74 Y si se replicare, que D. Maria solo està absuelta como heredera de su madre, ibi: *De que paga reditos por la obligacion, y fiança que hizo la dicha D. Ana de Mesa su madre de quien fue heredera.*

75 Diremos, que tambien està absuelto el Mayorazgo, y ella como posseedora dèl, porque la sentencia absuelue *a D. Maria, para que en ningun tiempo tenga obligaciõ a pagar principal, ni reditos, ni el dicho Mayorazgo*: Y en esta absolucion tambien estàn comprehendidos D. Francisco de Mesa, y D. Francisco de Eguiluz, como marido de D. Mariana de Mesa, futuros sucessores en el Mayorazgo, porque la sentencia que es Real, y vtil para el Mayorazgo, no solo aprouecha al posseedor, sino tambien a los que despues de èl huuieren de suceder, y a cada vno para su tiempo: y mucho mas quando el pleyto se siguiò con todos, como en este caso, Oldrald. *cons.* 94. *n.* 22. Decius *cons.* 445. *num.* 29. & 30. Afflict. *in cap.* 1. §. *si vassallus, el* 2. *nu.* 8. *si de feud. fuerit controu. inter Dom. & agnat.* Couarr. *pract. cap.* 13. *num.* 5. y se prueua de la misma sentencia que quiso que su disposicion aprouechasse, para que en ningun tiempo se pidiesse, ibi: *En ningun tiempo*, juntando las palabras que se siguen, ibi: *Ni el dicho Mayorazgo.*

76 Ni serà de perjuyzio el dezir, que aunque D. Ana de Mesa, y D. Maria Sande, y Christoual de Mesa se obligaron en fauor de D. Francisco de Eguiluz, por la dote de D. Mariana de Mesa, que refiere el *Mem. num.* 292. por lo menos si la sentencia de reuista absuelue a D. Maria Sande, como dize, *para que en ningun tiempo tenga obligacion de pagar principal, ni reditos, ni el dicho Mayorazgo*, virtualmente, y por necessaria consequencia parece, que tambiẽ dexò declarado, que D. Frãcisco de Eguiluz no los podia cobrar de alli adelante, y que este es el efecto de la absolucion de D. Maria, y del Mayorazgo, *text. in l. si inter me, & te* 15. *ff. de except. rei iudicat.* in illis verbis: *Quia eo ipso quod meam esse pronuntiatum, & ex diuerso pronuntiatum, videtur tuam non esse.*

77 Porq se respõde: Quod licet contrariorũ eadẽ sit disciplina, id est, doctrina, vel notitia, non tamen sequitur, quod sit eadẽ dis-

poſitio imò contraria, *l. qui accuſare, ff. de accuſation. l. ſin. ff. de calumn.* Bald. *in l. Imperator, ff. de ſtat. hom.* Euerard. *loco 19. fol. 69.* Y ſe prueua de la miſma ley *ſi inter me* 15. donde ſe haze la diſtinciõ con que ſe deue entender el efecto que obra la ſentencia en lo contrario que determina: y dize, que quando la determinacion es afirmatiua, como ſi declaraſſe, *que vnos bienes me pertenecen*, por la miſma ſentencia queda determinado, que no pertenecen a la otra parte, con quien litiga ſobre la propiedad, como tãbien ſeria lo miſmo ſi afirmatiuamente ſe determinara en fauor de la parte contraria, pues el dominio no puede ſer de dos perſonas in ſolidum, *l. ſi vt certo, §. ſi duobus, ff. commodati.*

78 Pero quando la determinacion es negatiua, como lo fue en eſte caſo (pues el abſoluer a D. Maria, como dixo la ſentencia, fue *para que en ningun tiempo tuuieſſe obligacion a pagar el principal, ni reditos, ni el Mayorazgo.*)

79 No ſe puede inferir de ella que Don Franciſco de Eguiluz no fueſſe parte legitima para cobrarlos, porq fue verdadero Acreedor de D. Ana de Meſa, aunque D. Maria Sãde, que los pagò por ſu madre, no los deuieſſe por ſi miſma, *vt in l. repetitio 44. ff. de condit. indebit.* ni le puede obſtar la ſentencia, porque en ella ſolo ſe determinò, que D. Maria, y el Mayorazgo no lo deuian, pero no ſe conocio, ni ſe puſo en diſputa el credito de D. Franciſco, *arg. text. in d. l. ſi inter me*, ibi: *Si verò meam non eſſe, nihil de iure tuo iudicatum intelligitur, ff. de except. rei iudicat.* en que no puede auer determinacion que le prejudique, mayormente ſiendo tan conocida la diferencia de quando ſe litiga ſobre dominio, ò ſobre accion hipotecaria, *l. ex ſextante 30. §. Latinus largus, ff. eodem tit.* vbi dicitur: *Non vt in proprietatis quæſtione, quod meum eſt, alterius non eſt, ita vt in obligatione vtique conſequens eſt, vt non ſit alijs obligatũ, quod hic probauit ſibi teneri, & probabilius dicitur, non obſtare exceptionem.* La razon de eſto es, porque la ſentencia es ſtricti iuris, *l. 2. ff. de ordin. cognit. l. 1. C. eodem*, y de tal manera neceſsita de determinaciõ expreſſa, para que ſe pueda dezir propiamente coſa juzgada, que de la virtual, y tacita (conque por conjeturas ſe pretende colegir qual fue el animo del Iuez) no nace efecto verdadero de ſentencia, ni excepcion de coſa juzgada, Bald. *in l. 1. C. ſi adverſus rem iudicatam, n. 3. cuius natura eſt, vt tacite proferri non poſsit, vt docuit* Stephanus de Fredericis *in tractatu de interpretatione iuris, parte vltim. n.* 103. ſequitur Menoch. *conſ.* 110. *n.* 27. & 28. Maſtrill. *deciſ.* 241. *num.* 71. Monter. à Cueua *deciſ.* 36. *numer.* 49. Canc. 3. *p. var.*

reſol.

resolut.cap.17.numer.411. Giurb.*consil.44.numer.3.*

§. II.

No huuo pedimiento contra Don Francisco de Eguiluz.

80 ES cosa cierta que la sentencia del Consejo no condena a D. Francisco de Eguiluz.

81 Y tambien lo es que D. Maria Sande no hizo pedimiento contra èl sobre la partida de los 8U.ducados.

82 Esto se prueba, porque este pleyto se empeçò por demanda de jactancia, *Mem.num.60.* A que respondieron D. Francisco de Mesa, y consortes, pidiendo se declarasse, que los bienes de los fundadores eran de vinculo, y Mayorazgo perpetuo, è irreuocable, *Mem.n.63.*

83 Respondiò D. Maria por dos vezes, *Mem.n.64.y 66.* sin tratar de esta partida, ni de otra cosa, mas que de la pretension que tuuo, de que los bienes de sus padres se declarassen por libres, y q̃ ella podia disponer de ellos, sobre que cayò la primera sentencia, *Mem.num.67.*

84 Y aunque despues, en tãto que corria el termino de la prueba, pidiò que se hiziesse separacion de los bienes de ambos sus padres, y que de los q̃ tocassen al D. Francisco Sande, se sacassen, y se le adjudicassen las partidas q̃ contiene su peticion, *Mem. n.88. 110.116.* Y de los que tocassen a D. Ana de Mesa su madre, se le hiziessen buenas las que refiere, *Mem.n.118.121.y 124.* donde especialmente tratò de esta partida. Y en la peticion que la corresponde en el pleyto, *P.1.fol.82.* de donde se tomò para el Memorial, dize asi: *Y assimismo son carga, y obligaciõ de los dichos bienes 10U.ducados que la dicha D. Ana de Mesa se obligò a pagar al dicho D. Francisco de Eguiluz para ayuda de la dote de D. Maria de Mesa su sobrina muger del dicho D. Francisco, por escritura, &c.* (referida Mem. num.292.) *De que paga reditos de quinientos ducados cada vn año.* Y en la conclusion solo dixo: *A V. Mag. pido, y suplico haga en todo como tengo pedido, y en esta peticion se contiene, y declare en fauor de mi parte, conforme a los capitulos de ella. Pido justicia, y entiendase con la prueua.*

85 De forma, que en la conclusion del pedimiento, y en el contexto del capitulo de la peticion a que se refiere, solo pidiò se declarasse ser carga, y obligacion de D. Ana de Mesa su madre estos diez mil ducados que se obligò a pagar a don Francisco de Eguiluz, *Mem.num.124.*

Y esto

86 Y esto solo fue lo que determinò la sentencia de primera instãcia, q̃ despues de auer absuelto a las partes de todas las pretensiones deducidas por las vnas contra las otras, conforme a la regla de la *l. vt fundus* 18. *ff. cõmun. diuidund. cap. licet eli, de Simonia, cum similibus*. Y la de reuista del Consejo, la qual despues de auer confirmado la absolucion de parte a parte, se alargò tambien a dar por libre al Mayorazgo, declarando, que D. Maria, y el Mayorazgo no estauan obligados a pagar a D. Francisco de Eguiluz los 8U ducados que presupuso se le deuian, ni los reditos de ellos: con q̃ fue visto denegar la pretension que tenia doña Maria de sacarlos del Mayorazgo.

87 Pero no dixo, que no se deuian a D. Francisco, ni que restituyesse lo que la misma D. Maria le auia pagado como heredera de su madre, ni era possible, porque no lo pidiò, ni se tratò de ello, y por el consiguiente no puede auer determinacion, *l. si cum testamento* 21. ibi: *Nõ est deducta in superius iudicium, ff. de except. rei iudic.* Felin. *in d. cap. licet eli, à n.* 18. Menoch. *cons.* 307. *nu.* 62. Valenç. *cons.* 26. *à nu.* 42. Riccius *decis. Curiæ* 5.

88 Bien se reconoce, que tal vez se permite que el Iuez no tenga obligacion de atarse al pedimiento quando es inepto, ò descaminado, mayormente en España, donde se procede inspecta veritate, & omissis solemnitatibus, conforme a la *l.* 10. *tit.* 17. *lib.* 4. *Rec.*

89 Pero nunca el derecho dispensa, en que determine sobre lo q̃ no se ha deducido, ni imaginado en todo el pleyto, Bald. *in l. fin. n.* 6. *C. de fideicomm. libert.* y lo dize la misma ley del Reyno, ibi: *Conteniendose todavia en la demanda*, Pinel. Matienç. Auend. a quien sigue Morla *in Emporio, tit.* 9. *q.* 22. *n.* 5. y el moderno Pareja *de edit. instrument.* 2. *tom. tit.* 6. *resol.* 5.

90 Ni serà de perjuyzio si se dixere por parte de doña Maria Sande, que en la suplicacion que interpuso de la sentencia de reuista pidiò que don Francisco fuesse condenado a la restitucion, y paga de los reditos que auia cobrado, *Mem. num.* 149. *fol.* 72. y que auiẽdose dicho por el Procurador de don Francisco de Eguiluz que era nueuo pedimiento, y se le auia de notificar en persona, y de lo contrario protestaua la nulidad: por autos de vista, y reuista se le mandò respondiesse derechamente, *Mem. num.* 150. *y* 151. Porque se responde:

91 Lo primero, que esta excepcion se opuso para impedir el ingresso de este pedimiento: y aunque se desestimasse en fuerça de dilatoria, *l.* 7. *tit.* 16. *part.* 3. se pudo despues oponer, como se opuso

190

so por D. Francisco de Eguiluz, *Mem.num.* 153. en fuerça de perentoria, con todas las raçones, y motiuos que resultan de los meritos del pleyto, con que no le prejudica el auerle mandado responder, ni quedò desestimada la excepcion de cosa juzgada, ni lo demàs que se ha dicho por don Francisco en el primer Articulo de este papel, conforme a la doctrina de Abad Panormit. *in cap. Pastoralis, de except.* seguida por Gregorio Lopez *gloss.* 1. *in l.* 9. *titul.* 3. *part.* 3. Iuan. Gutierr. *lib.* 1. *pract. quæst.* 52. Azeu. *in l.* 1. *n.* 14. *tit.* 5. *lib.* 4. *Recop.*

92 Lo segundo, que supuesto que en la primera instancia ante el Alcalde, y en la segunda que passò en el Consejo, D. Maria Sande no pidiò cosa alguna sobre los 8U. ducados, y sus reditos contra Don Francisco de Eguiluz, sino contra los bienes, y Mayorazgo del Doct. Fracisco Sande, y D. Ana de Mesa (como se ha dicho) siendo assi, que en esta pretension quedò vencida por las sentencias de vista, y reuista, no pudo pedir por via de declaraciō, ni por caso omitido, ni por otro medio, lo que aora nueuamente ha intentado contra don Francisco, assi en quanto a los reditos, *Mem. num.* 149. como en quanto a los 8U. ducados que despues añadiò en otra peticion mas adelante, *Mem. num.* 154. pues de todo esto està absuelto el Mayorazgo, y obsta la excepcion de cosa juzgada que se ha fundado en el primer Articulo: Y contra don Francisco no huuo, ni pudo auer condenacion, como se ha dicho en el §. primero de este segundo: Con què bienen a ser nueuos pedimiētos los que aora ha intentado en el Consejo, despues de la sentencia de reuista; que no merecen determinacion, tanto porque no ay incidēcia de instancia fenecida, Bart. *in l.* 1. *C. de ordin. cognit.* Menoch. *de arbitr. cas.* 167. como porque es necessario disputar si lo que D. Maria ha pagado, pendiente este pleyto de los 8U. ducados, y sus reditos, puede tener repeticion, que es nueuo accidēte, y no comprehendido en este juyzio, *l. non potest videri, ff. de iudicijs, l.* 1. *C. de iudic.* vbi Paul. *numer.* 8. Angel. *in l. non solum, C. de rei vindicat.* Carrocius *de remed. except.* 129. *num.* 47.

93 Por lo qual, necessita de muy entero conocimiento de causa en otro juyzio, en q̄ aya primera, y segunda instancia, *gloss. in l. Veuius Marcellus, ff. de pact. dotalib. quia illius discusio pertinet ad novum finem,* Bald. *in l. ampliorem, C. de appellat.* Felin. *in cap. cum inter, de re iudicata, n.* 7. Abbas *in c. inter cætera, de re iudicata,* Rot. per Farin. *decis.* 346. 3. *tom.* Giurb. *decis.* 10.

F §. III.

Aunque D. Maria Sande huuiera pedido en primera instancia que D. Francisco de Eguiluz boluiera los 8 ꝟ. ducados, y sus reditos que cobrò, no pudiera obtener.

94 ES hecho constante que despues que D. Maria introduxo este pleyto, pagò a Don Francisco de Eguiluz lo que le deuia de reditos atrasados: y los 8 ꝟ. ducados de que se hizo menciō en la sentencia de reuista.

95 Pruebase de la escritura, otorgada por D. Maria Sande ante Luis Gallo en 18. de Diziembre de 639. en que con relacion de auersele prometido 14 ꝟ. ducados en dote con doña Mariana de Mesa inclusos en ellos los 8 ꝟ. que auia prometido D. Ana de Mesa, con calidad que de ellos se hiziesse vinculo, y Mayorazgo: y de lo que por quenta de ella auia recibido de las legitimas de sus padres, le haze pago de lo restante en juros; algunos con el goze para desde principio de 636. y otros para desde principio de 639. de que diò carta de pago, *Mem. num.* 309.

96 De esto se sigue, que aunque D. Maria Sande por si misma no estuuiesse obligada a la paga de estos 8 ꝟ. ducados, sino doña Ana de Mesa su madre, como parece de la escritura, *Mem. num.* 292.

97 Por lo menos pagò a don Francisco de Eguiluz, que era verdadero Acreedor, y pagò por doña Ana de Mesa que los deuia: Y en este caso, aunque ella no fuesse deudora, pagando, como pagò por su madre, no tiene derecho para pedirlo a Don Francisco, *l. repetitio nulla est ab eo qui suum, recipit tametsi ab alio quam verò debitore solutum est* 44. *ff. de condit. indebit.* quidquid aliud sit quando quis suo nomine, quod ipse nō debet creditori soluit, *l. si pene* 19. §. 1. *l. in summa* 65. §. *indebitum. ff. eodē tit. vbi gloss.* & Bart. Cuiac. *lib.* 8. *obseru. cap.* 9. Charond. *lib.* 2. *verisim. cap.* 15. Donel. *lib.* 14. *Comment. capit.* 13. vbi Osuald. *litt. A.* Iulius Pacius *Enantiophanon* 4. *quæst.* 1.

98 Si D. Maria dixere, que pagò como heredera de su madre, pensando que los bienes que dexò al tiempo de su muerte, auian de ser libres para ella sobre que litigaua, y que pagando con justo error, y buena fe, la compete el beneficio de la condicion indebiti, *l.* 2. *ff. de condit. caus. dat. l. quod quis* 50. *ff. de cond. indebit.* mayormē te si protestò que no la prejudicasse a lo que pretendia en el pleyto que estaua pendiente, *l.* 2. *ff. de condit. indebit.* como lo hizo, *Memor. num.* 309. *fol.* 123. *B.* donde dixo, que hazia la fundacion del

Ma-

 292

Mayorazgo de los 14U.ducados, *sin que la parasse perjuyzio alguno el hazerla, durante el pleyto q̃ tenia pendiente, sobre si todos los bienes del Doctor Francisco Sande, y de Doña Ana de Mesa su madre eran libres en ella, y no sugetos a vinculo, ni Mayorazgo: y assi lo protestaua en la mejor via, y forma que huuiesse lugar de derecho.*

99 Y si añadiere, que todos los autos, y pagas que haze el heredero putatiuo, siendo condenado en la herencia, si son dañosos a la herencia, no prejudican al verdadero heredero, aunque se hagan con toda buena fe, y sin dolo, *l. si tibi decem* 37. §. *cum possess. alienæ hæreditatis pactus est hæredi se euicerit, neque nocere, neque prodesse plerique putant, ff. de pact. l. neque vllum, §. quod siquis, ff. de petit. hæredit.* Bald. *cons.* 489. *num.* 3. *lib.* 5. Pero si los actos que haze son Reales, y en fauor de la herencia, passan con ella al verdadero heredero, segun el entendimiento del *text. in l. si post constitutam* 22. *ff. de constitut. pecun. reiecta emendatione*, Anton. Fab. *lib.* 15. *coniect. cap.* 5. Mantic. *de tacit. & ambig. conuent.* 2. *tom. lib.* 26. *tit.* 5. *per tot.* A cuya distincion, y verdad se ha de reducir la question que no se atreuiò a resoluer Paz *de tenut.* 2. *tom. cap.* 40. *n.* 22. *& n.* 47.

100 Con que podra pretender que tiene derecho, para que se le hagan buenos estos 8U.ducados que pagò a D. Francisco.

101 Pero todos estos fundamentos son fragiles: y a ellos con facilidad se responde.

102 Lo primero, que su intento nunca fue el repetirlos de Don Francisco, sino sacarlos del Mayorazgo que auia fundado Doña Ana de Mesa su madre, porque sobre esto litigaua, *Mem. n.* 88. y a esto mismo mirò la protesta, diziendo: *Que por esta paga no queria prejudicarse a la pretension que tenia de que todos los bienes de sus padres eran libres:* Y que quando se declarassen por de Mayorazgo, se le auian de satisfacer, y sacar de ellos muchas partidas de cantidad, y entre ellas esta de 8U.ducados, *Mem. n.* 124.

103 Y assi diremos, que este derecho es el que quiso reseruar con la protesta, Bart. *in l. non solum, §. morte, n.* 7. *ff. de nou. oper. nunt.*

104 Pero no el cobrarlos de D. Francisco de Eguiluz marido de su prima, cuyo matrimonio auian tratado, y solicitado la misma D. Maria Sande, y D. Ana de Mesa su madre, como ella misma lo confiessa en el requerimiento que le hizo para que lo recibiesse, *Mem. n.* 340. y con mas claridad en el mismo instrumento, donde hizo la protesta, *Mem. num.* 309. en que confessò, que a contemplacion de doña Mariana su sobrina, y prima, ambas madre, y hija le fundarõ el Mayorazgo de 14U.ducados, y assi el auerles entera-

terado esta cantidad D. Maria sin protesta especial, *para repetirlo de ellos mismos*, excluye la pretension de reuocarlo, postquam fuit contractum matrimonium, vt probat text. *in l. si repetendi 7. C. de condit. ob caus.* vbi dicitur: *Si repetendi quod donabas vxori eius, quem ad proficiscendum tecum huiusmodi liberalitate prouocare proposueras, nullam addidisti conditionem remanet integra donatio cum leuitati perfectam donationem reuocare cupientium iure occurratur*, Iulius Paccius *cent. 3. in Antiophan. q. 98.* donde dio la razon, porque la naturaleza de la protesta es no extenderse, ni obrar fuera de la intencion de la persona que la haze, *l. non omnis, ff. si certum petatur*, & in terminis protestationis, Felin. *in cap. cum, in col. 1. in fin. de constitut.* Hypolit. de Marsil. *in rubr. ff. de fideiussor. quæst. 21. numer. 162.*

105 Lo segundo, que aunque D. Maria quisiera dezir que pagò, pensando que era heredera de su madre, y en nombre de su herēcia, no era posible repetir los 8U. ducados, y sus reditos q̃ entregò a D. Francisco de Eguiluz, a quien verdaderamente se le deuian, porque en propios terminos la resiste la *l. de Partida 36. del tit. 14. part. 5.* donde se dize, que el heredero putatiuo, por lo que pagò, solo tiene accion negotiorum gestorum contra la herencia por quien pagò, pero no contra quien cobrò lo que se le deuia, ibi: *E non ha de manda ninguna contra aquellos a quien los pagò.*

106 Y si por vltimo lance replicare, que por lo menos, conforme a la ley de partida, tiene derecho para sacar del Mayorazgo de doña Ana Sāde toda la cātidad de los 8U. ducados, y sus reditos que pagò a Don Francisco de Eguiluz; y que esto mismo determina virtualmente la sentencia de reuista del Consejo, en quanto declarò, que el Mayorazgo de D. Ana de Mesa, y D. Maria Sande, como su heredera, no estuuieron obligados a pagar la dicha cantidad, ni sus reditos: Responderemos.

107 Lo primero, que bien se compadece, que el intento de la sentencia fuesse este; pero dezimos, que dèl no se sigue que Don Frā cisco de Eguiluz estè condenado a boluer lo recibido, que es cosa totalmente diuersa, & diuersis, & separatis non fit illatio, *l. Papinianus exuli*, vbi Bart. *ff. de minorib.* nec valet consequentia quæ producitur à remotiori, *l. non hoc, C. vnde cognati*, Gratian. *discept. c. 16. n. 6. & 524. n. 58.*

108 Lo segundo, que siendo D. Maria la que possee el Mayorazgo de su madre, y la misma que pretende tener este derecho contra èl, quando intente sacar dèl, ò disponer de otra tanta cantidad,

dad, como pretende, serà preciso que se le deniegue.

109 Tanto porq̃ no podrà aplicar la ley de Partida, puesto que no puede dezir que lo pagò por el Mayorazgo, pues no estando obligado, no es possible persuadir que lo pagasse por èl.

110 Como porque si lo pagò por la herencia de D. Ana de Mesa, esta se desvaneciò, y no la huuo, puesto que conforme a su disposicion, y lo determinado por las sentencias, todos los que dexò al tiempo de su muerte son de Mayorazgo por titulo anterior a la misma herencia, & hæreditas non dicitur nisi deducto ære alieno.

111 Y finalmente, tan impossible serà sacarlos del Mayorazgo, como cobrarlos de D. Francisco de Eguiluz.

112 Pues aunq̃ diga, que toda la hazienda de sus padres es de Mayorazgo, menos los 150ꝗ. marauedis de renta, a q̃ se deduxo su legitima, ò alimentos, y que no le tocò hazer inuentario a semejãça del instituido in re certa, dato hærede extraneo vniuersali, como lo fue el Mayorazgo, ad Bart. *in l. cum à matre, col. 6. nu. 6. C. de rei vindicat. & in l. 1. col. 5. C. quando non petentũ part.* & Bertachin. *de Episcopo, lib. 4. part. 4. n. 44.*

113 Siempre se le ha de replicar, que no lo pagò de su hazienda, ni por la herencia que pensaua obtener de su madre, sino de los q̃ quedaron despues de su muerte.

114 Y si probare, q̃ lo pagò de los frutos del Mayorazgo, tocantes a su tiempo (q̃ es a todo lo q̃ puede llegar la porfia) diremos, q̃ no serà justo permitir que saque otra tanta cantidad del Mayorazgo, quien como heredera putatiua, ò como primera sucessora en èl no quiso hazer inuentario, como se ha fundado *supr. n.* y en terminos de heredero putatiuo, *qui gessit se pro hærede, quod non facto inuentario, subijciatur pœnis à lege verò hæredi impositis,* docent Guido Pap. *cons. 173. & cons. 226.* Phanunt. *de inuentario, q. 1. n. 21. aliàs inter tractatus Doct. de inuentario, q. 237. à n. 21.*

115 La razon es, porque seria de grande incõueniente q̃ por no constar de los bienes que dexò D. Ana Sande, estè defraudado el Mayorazgo, y quiera D. Maria sacar dèl lo que dize auer pagado de la hazienda que auia de ser caudal del Mayorazgo.

116 Todo lo qual requiere mas pleno conocimiẽto de causa del q̃ D. Maria ha procurado introducir despues de la sentencia de reuista del Cõsejo, pues la probança suya, q̃ consta de doce preguntas, y la de D. Francisco q̃ tiene otras tres, no corresponden a los puntos que se han ponderado en este papel.

117 De que se sigue, q̃ con mucha justificacion pretenden D. Frã cisco de Eguiluz, y consortes que el Consejo ha de seruirse de declarar, que obsta a D. Maria Sande la excepcion de cosa juzgada que le està opuesta en fuerça de peremptoria, y mandar se repela la peticion en que boluiò a introducir sus pretensiones despues de la sentencia de reuista.

118 Y absoluer al dicho Don Francisco de los pedimientos que despues de fenecido este pleyto introduxo D. Maria Sande en el Consejo, sobre que la buelua, y restituya los 8ʒ. ducados, y sus reditos, que le pagò por su madre, y por titulo del dote de D. Mariana de Mesa su muger, que pudo, y deuio percibir.

119 Et sic pronuntiandum sperauit; Salva in omnibus, &c.

Lic. D. Diego Martinez de Alamos.